

ボン基本法 13 条をめぐる 最近の議論について

The Recent Arguments about the Article 13 of German Constitutional Law

森 口 佳 樹
Moriguchi, Yoshiki

ABSTRACT

I will introduce and investigate the recent arguments about the article 13 of German constitutional law (Grundgesetz), especially after the judgement dated 20.2.2001 of German federal constitutional law court (BVerfG).

Further I will point out new understandings about the concept of search (Durchsuchung) and the search warrant (Richtervorbehalt) in Germany.

目 次

I はじめに

II 「遅滞の危険」 概念

III 「搜索」 概念

IV 刑事法・警察法分野における議論

V おわりに

I はじめに

ボン基本法 13 条は、住居の不可侵の基本権を保障する規定である。もっとも「不可侵」とは規定していても、一定の場合にはその基本権が制約されうること基本法自体が定めている。すなわち、13 条 2 項においては、「遅滞の危険」(Gefahr im Verzug) が存在する場合以外は事前の裁判官命令に基づいてのみ住

居が「搜索」(Durchsuchung) され得ることが、3 項から 7 項においては、それ以外の「干渉・制限」(Eingriffe und Beschränkungen) が、一定の要件に基づいてなされ得ることが、規定されている。特に、3 項から 6 項までの規定は、いわゆる通信傍受について定める規定で、ドイツにおいても最近の基本法改正により導入され、また我が国においては通常法律のレベルではあるが議論の対象となったことは、広く知られている。

これらの規定を根拠としてなされ得る住居の不可侵の基本権の制約が、その条文構成の関係から、あるいは実務上の問題との関係から、さまざまな問題を惹起してきたことについては、これまでも議論され、一定の範囲で我が国にも紹介されてきた。⁽¹⁾

本稿は、13 条の諸論点に関する最近の議論について紹介・検討することを目的とする。これは、これまでの研究の継続・補完として、あるいはまた、これからの新しい議論の端緒として、位置づけられる意義を有すると考えている。

II 「遅滞の危険」概念

基本法 13 条 2 項によれば、住居への搜索の実施に際しては、裁判官による命令を事前に得ることが原則とされている。しかし、その命令を得るために必要となる時間の(浪費の)問題から、搜索の目的を失う場合には、検察官等の命令に基づき搜索が実施され得る旨の規定がおかれている。これが、いわゆる「遅滞の危険」の場合の特例である。

この規定の適用に関しては、これがあくまで例外としての規定であるにもかかわらず、現実には原則と例外が逆転した実務の状態にあった。すなわち、「遅

(1) 我が国への紹介としては、広岡隆博士による紹介が最も早期の業績と考えられる。参照「行政強制についての裁判官の関与ーボン基本法における裁判官留保を中心としてー」『行政強制と仮の救済』(1977 年) 168 頁以下(初出は「住居の不可侵と行政強制」ジュリスト 605 号(1976 年))参照。なお、拙著『公権力による実力行使とその手続法的統制ードイツ公法学における議論を対象としてー』(1999 年)第一部「ドイツにおける裁判官留保制度の適用とその問題点」3 頁～127 頁も参照。

滞の危険」の状態が原則的に存在するとして裁判官命令に基づかない搜索の実施が通例となっていたのである。これについては、連邦憲法裁判所の 1979 年の執行搜索に関する決定に引き続き、刑事搜索に関する最近の 2001 年判決⁽²⁾においても、そのような実務における対応が厳しく批判された。

以下では、2001 年判決に対する諸論者の見解について、先の拙稿⁽³⁾に引きつづき、紹介・検討することとしたい。1979 年決定の際もかなりの論稿が発表されたが、2001 年判決の場合も、前回速報的に紹介した拙稿以降に公にされた業績においても、重要な諸論点が指摘されているので、ここで紹介・検討する次第である。

まず、パルク (Tido Park) によって、2001 年判決以降に発表された便覧 (Handbuch) においてまとめられた見解について紹介・検討⁽⁴⁾する。

第一に、記録義務 (Dokumentationspflicht) の必要性が、今回の判決において指摘されたことの重要性をとりあげる。同判決は、「遅滞の危険」概念の認定に際しては具体的事実に基づく客観的予測の必要性を指摘し、その大前提として、事後の裁判官による統制を可能にするだけの資料の記録義務が課されていることを確認する意義をもつ、と評価する。しかし、それ以前の問題として、これまでの実務上の対応においては、原則と例外との逆転状況が実務上では通常となっており、裁判所職員が関与することによる黙示の裁判官命令の存在が、広範に主張されてきたが、今後はこのような見解は主張しえないことを確認する。⁽⁵⁾

第二に、司法統制可能性 (Justizabilität) との関係での進展をあげる。今回の判示によって、「遅滞の危険」、「危険」概念の他の法律における議論と統一性を

(2) BVerfG, Urteil v. 20.2.2001, BVerfGE103, 142.

(3) 拙稿「ボン基本法 13 条における「遅滞の危険」概念の一考察－最近のドイツ連邦憲法裁判所判決を手掛かりとして－」経済理論 307 号 (2002 年) 91 頁以下参照。なお、この 2001 年判決以降、「遅滞の危険」概念に関する連邦憲法裁判所の判断は変化していない。参照、BVerfG, Beschl.v.22.1.2002, NJW 2002, S.1333f., BVerfG, Beschl.v.3.12.2002 (<http://www.bverfg.de> による)。

(4) Tido Park, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme (2002), S.46ff.

(5) Ebenda, S.49.

確保したことを評価する。これまで、「遅滞の危険」概念該当性についての司法審査については問題のある対応が実務上なされてきた。しかし今回の判決によって、「遅滞の危険」概念が、事後の司法統制に関して、裁判所による完全な事後統制に服すべき法的概念であることが明確にされ、検察官等による裁量判断に対する法的統制の重要性が確認された。もっとも、パルクによれば、具体的状況を前提とすれば、「遅滞の危険」概念の認定に関する問題には裁量の余地がそもそも存在するはずがない、と、既に主張されていたが、これまであまり実務には影響を与え得なかった学説の存在を再確認している⁽⁶⁾。

第三に、「遅滞の危険」概念の誤用（誤判定）による帰結についての論点である。すなわち、「遅滞の危険」の存在を認定して裁判官命令を得ることなく搜索手続を進行させたものの、現実にはそのような状態にはなかった場合の事後の法的対応の検討である。判例においては、その場合を二分して対応している。すなわち、法的・事実上の過誤に基づく場合と恣意的な場合とである。前者の場合、収集証拠の採用を否定（Verwertungsverbot）しないのが通説・判例の見解である。パルクは、過失により「遅滞の危険」の存在を認定した場合はともかく、重過失によって「遅滞の危険」の存在を認定している場合は、それによって得られた証拠の採用は認められないとする。後者の場合、学説の多くは、客観的に考察して全く根拠なくして、「遅滞の危険」の存在を傍用したのだから、そのような状態で収集された証拠は採用できないとする。少数説においてそのような証拠でも採用可能であると主張する説があるが、そのような見解は、法治国家原則並びに基本権制約との関係から採用し得ない、とパルクは主張する。

そして、実務上の考慮事項を以下の様にまとめる。

- ・ 時間的遅延の問題から搜索目的を失ってしまうことはないか。
- ・ その判断は具体的事実に基づいての判断か。
- ・ 裁判官命令を得るための努力が尽くされているか。
- ・ 記録義務を果たしているか、具体的には、搜索の前か直後に、犯行容疑、搜

(6) Ebenda, S.50ff.

索対象となる証拠物件、裁判官命令を請求することにより証拠物件が失われる具体的事実の明示、裁判官による決定を得ることを試みたが結局請求しなかったこと⁽⁷⁾の理由、あるいは試みるのがなかった場合もその理由を記録しているか。

このようにパルクによる集約は、その実務書としての性格ゆえに詳細であるが、そこに今回の判決の影響力の大きさが現れている。特に記録義務に関する詳解は参考になろう。また、「遅滞の危険」概念の拡大解釈により司法統制の機会が奪われることに関して、裁判官留保制度を 19 条 4 項との関係で個人の権利保障のための制度と評価している。

次いで、クレール (Christoph Krehl) ⁽⁸⁾ の見解を紹介する。

先ず彼は、裁判官の執務システムの改善が必要であることを指摘する。現実には裁判官に命令を得るための実務上の負担が、相当大きな負担となっていることに疑問を提示し、その改善の必要性を強調している。そして裁判官の勤務体制の改善が、大前提として必要であるとしている。⁽⁹⁾

そして、今回の判決で問題になった、裁判官の関与のあり方の差異に関する問題を検討する。いずれにせよ、刑事訴訟法 105 条以外にも 20 条以上で裁判官の関与が、さまざまな形で刑事訴訟法において規定されている。その規定の分類・比較検討によって、今回の判決の射程について考察する。これについて、例えば、裁判官以外に誰が権限を有しているのか、事後の裁判官による関与は予定されているか、裁判官以外によって発出された命令の有効期限などの観点等について検討しても、刑事訴訟法の規定に統一的な基準が存在しているようには理解できない。しかし、それらの規定を以下の二つの観点から段階的に区分することはできるとする。すなわち、第一に、裁判官以外の関与が検察官に限定されているか否か、第二に、緊急的な措置が行われた事後に裁判官の関与が規定さ

(7) Ebenda, S.53f., S.191ff.

(8) Christoph Krehl, Gefahr im Verzug – Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.2.2001 –, JR 2001, S.491ff.

(9) Ebenda, S.491.

れたり、一定期間内に裁判官の関与がなされなかった場合に当座に発出された緊急の命令が失効するような規定がおかれているかどうか、という観点である。そして、刑事訴訟法がそのような規定をおく意義は、搜索における重大な私人の権利制限には裁判官を原則として関与させ、例外的に刑事責任追及の実効性の観点から裁判官以外により命令が発出されうべきという理解によるものである、とする⁽¹⁰⁾。

このような観点・理解から判断すれば 105 条は、刑事訴訟法における段階構造からは最低レベルに位置すると考えられる。というのは、105 条の場合は、検察官のみならず警察官でも「遅滞の危険」の場合の対応が可能であるし、事後の裁判官の関与、緊急時の対応の事後的失効に関する規定もないからである。したがって、そのような事項について規定をおく他の刑事訴訟法上に規定されている、例えば、電話の監視などに比べて、105 条の搜索の場合は、権利の制限の観点からは軽度の類型に属すると考えられているといえよう。

そして結論として、刑事訴訟法におけるランクとしては軽度の権利制約に属する 105 条の「遅滞の危険」について、今回の判決の判示が適用されるならば、より重度の権利制約に関する「遅滞の危険」の場合に、今回の判決の射程が及ばないと考えるのは不合理であると主張する。このことは、事後の救済に比べて事前の救済（裁判官留保制度）は代替できない重要性をもつ、とする連邦憲法裁判所のこれまでの判示から、あるいは、刑事訴訟法に規定されている「遅滞の危険」の規定が基本法の観点から補充されなければならない、とする今回の判示から、明らかである、とする。

よって、今回の連邦憲法裁判所の判示内容は、基本法 13 条 2 項と関係する刑事訴訟法 105 条に限定されず、より広い射程をもち、刑事訴訟法全体に影響を与えると、クレールは解する。⁽¹¹⁾

彼の考察は、刑事訴訟法における規定の考察に基づくランクづけを根拠に、今

(10) Ebenda, S.494.

(11) Ebenda, S.495.

回の判決の射程を広く理解する、すなわち、今回の判決の判示は、刑事訴訟法において裁判官が関与することとされている規定全体に及ぶ、と解している。

最後に、アメルング (Knut Amelung) による評釈について検討する。彼の指摘は多面に及ぶが、ここでは、今回の判決の射程に関する論点のみを紹介することとする⁽¹²⁾。

叙上のように、今回問題となったのと同様の裁判官による関与が、刑事訴訟法においては種々の条文で規定されているので、クレールの考察の観点と同様に、アメルングは、その判決の射程について検討するものである。具体的には、今回の判決の射程の理解については、二つの可能性があるとする。それは、通常法律に規定された裁判官留保制度と基本法上のそれとで、如何なる差異があるのかの評価に左右される。すなわち、一つの考え方として、基本法 13 条 2 項に関する判示事項は、基本法上の議論であり、法レベルの観点から、そのまま通常法律、ここでは刑事訴訟法の解釈に当てはまるとする考え方、そして別の考え方として、そもそも、13 条 2 項と通常法律の裁判官留保制度は歴史的に同じ原理から派生した制度であるから、法レベルに関係なく当然に今回の判示が当てはまるとする考え方である⁽¹³⁾。

そして、今回の重要な判示のうち、「遅滞の危険」概念の司法審査に関する部分は、通常法律の不確定法概念に関する判断と同様で、それを基本法レベルにあてはめたに過ぎないので、元来通常法律レベルで規定されていた裁判官留保制度についてもあてはまると考えられる。つまり、上で述べた後者の見解を支持する。また、通常法律に根拠がある裁判官留保制度についても、基本権への制約が授権されていることから、事後に 19 条 4 項によりその適用については統制されうる。19 条 4 項は、権利保護が実効的であることを要求しているから、判示事項は通常法律に根拠をもつ裁判官留保制度についても適用されなければならない

(12) Knut Amelung, Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug” i.S. des Art. 13 II GG, NSStZ 2001, S. 337ff.

(13) Ebenda, S. 342.

ない、とアメルングは、結論づける。

もっとも、13条2項に関する議論はあくまで基本法上の議論であって、通常法律のレベルにそのまま適用できるかという問題についてはなお疑問が残りますとする。しかし、原則と例外との関係が問題となり、その関係の正常化を図ったという点からすれば、基本法と通常法律とのレベルの差異に関係なく、今回の判示は、刑事訴訟法に規定されている裁判官留保制度全てについてあてはまると考えられる、とする。というのも、事前の聴聞等を受けることなく基本権に直接関係する権利の制約を受けることになるという問題の重大性からすれば、裁判官が介入する必要性の考察に関して基本法と通常法律との根拠の相違に左右されないとする⁽¹⁴⁾。

アメルングが、叙上の如く判断する根拠として、19条4項の保障の代替としての13条2項の位置づけの判断があげられる。すなわち、通常法律に根拠を有する裁判官留保制度についても、法的聴聞を受けていない点では当事者の基本権制約の観点からは差異はなく、その点からは、19条4項の保障の「半分」の意義が13条2項に託されているとする。さらに、歴史的観点からは、住居への捜査（Haussuchung）は、特に注目される重大な権利の制約であって、憲法制定会議における議論によって、基本権として保障されるようになったものであるとし、この観点からしても、今回の判示事項を、予防的権利保護のために同様の権利利益への影響を与える、通常法律上の裁判官留保制度に適用することに何ら疑義はない、と主張する⁽¹⁵⁾。

以上のアメルングの見解の特徴は、歴史的展開の理解と19条4項との関係での考察である。前者については、裁判官留保制度がボン基本法において初めて憲法レベルでの保障となったことは歴史的事実であり、アメルングもこの関係を重視している。しかし、後者の、13条2項と19条4項との関係の理解については、アメルングの見解に反対する見解もあり、それに対するアメルング自身に

(14) Ebenda, S.342.

(15) Ebenda, S.343.

よる反論もあるが、その点については後述する。

クレールとアメルングによる根拠の相違はあるが、いずれにせよ刑事訴訟法上の「遅滞の危険」概念全般の解釈に、今回の連邦憲法裁判所判決が与える影響が大きいという評価は共通している。

Ⅲ 「搜索」概念

13 条による基本権保障の中で特徴的なことは、2 項の搜索に基づく基本権制約の場合には原則として裁判官による事前の命令が必要とされていることにある。しかし、この規定の射程を限定するためにか、本稿Ⅱでも考察したように、「遅滞の危険」概念の適用により裁判官命令を必要としない搜索を可能としようとしたり、問題となる基本権制約が行為類型として、7 項の「干渉・制限」概念に該当すると解釈することにより、手続的負担を回避しようとする試みがこれまでしばしば行われてきた。

搜索の定義については、1974 年の連邦行政裁判所判決、1979 年の連邦憲法裁判所決定において、「住居所有者が自ら明らかにしたり、引き渡したがないものを計画的に探知し、明らかでなく、むしろ隠されているものを明らかにし、秘密を暴くために住居で行われる国家機関による目的に向けられた捜査」と、字義論的定義としては詳細に規定された。また学説においても、同様の定義づけが試みられた。⁽¹⁶⁾しかし、それらの定義については、行為類型として「搜索」とその他の「干渉・制限」とを明確に判別するためには煩瑣に過ぎ、役立たないとの批判がなされてきた。というのも、搜索については裁判官命令が必要であるが、干渉・制限については裁判官命令が不必要なので、この両行為類型の区別が基本権保障に関して重要な論点となるからである。

この両概念の区別について諸論者がさまざまに議論を展開してきたことはこれまで拙著においても紹介・検討してきた。⁽¹⁷⁾本稿では、これまでの議論に加え

(16) 参照、拙著（註 1）42 頁。

(17) 参照、拙著（註 1）45 頁以下。

て、最近の議論を紹介・検討する。

さて、ヴェッサー⁽¹⁸⁾ (Sabine Wesser) の検討によれば、これまでの議論の多くは、住居所有者の意思を基準に行為類型の区別を行おうとしている点に問題点があると指摘する (主観的搜索概念の採用による問題点)。すなわち、上述の判例による搜索の定義内容にも、そのような主観的要素は明らかである。そのような要素を基準に判断することによって必然的に不明確性を伴うこととなる。ヴェッサーは、この点を指摘して、客観的判断要素により搜索概念を画すべきと主張する (客観的搜索概念)。このような彼女の議論は、執行搜索に関する1999年施行の改正法の具体的検討を根拠として、搜索概念の新理解の可能性を提唱するものと評価できよう。

執行搜索については、1979年、1981年の連邦憲法裁判所決定において夙に、その実施に際しては裁判官命令が必要であることが判示されていたが、民事訴訟法758条自体は改正されることなく不十分な部分については基本法13条が直接適用されることで、裁判官留保制度の適用下におかれてきた。

そして、1999年に改正施行された民事訴訟法758a条において、基本法の効力とその後の理論の進展を反映させることとなった。すなわち、同法758条直後に追加された758a条は、その1項において、債務者の同意、あるいは「遅滞の危険」が存在する場合以外は、原則として裁判官命令に基づいてのみ住居の搜索が許されることを規定する。そして、2項において、住居の明渡に関しては裁判官命令を必要としないことを、3項において、共同居住者の住居の不可侵の基本権に対する制限とその例外 (苛酷執行の禁止) について、4項において、旧761条の削除を受けて、新たに夜間・日祝日の執行搜索について、規定をおいた。旧法では、そのような期日における搜索には裁判官命令が必要とされていたが、改正法は、住居以外の場所で行われる搜索には裁判官命令は必要ないが、苛酷な搜索が行われるような場合はそれは許されないとしている。このうち758a条3項

(18) Sabine Wesser, Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758aZPO, NJW 2002, S.2138ff.

における、住居を共同で使用している場合の搜索への債務者による同意、あるいは債務者に対する裁判官命令が共同居住者の受忍を許容する規定の場合の搜索概念の理解を手掛かりとして、ヴェッサーは以下の「客観的搜索概念」を主張する。この議論は、基本法 13 条による保障の拡大を意図したものである。

ヴェッサーは、考慮すべき客観的要素として、客観的限界画定基準としての明白性と客観的法律目的の二要素⁽¹⁹⁾をあげる。

客観的限界画定基準としての明白性（Augenscheinlichkeit）について、ただ見るだけで目的を達するならば搜索には該当せず、例えば執行搜索の領域においては、視界に入るものだけを差し押さえることは搜索には該当しないとされている。

ただ、見ることだけで足りるか否かの判断を如何にして行うかが問題であり、特にそれが事前に裁判官によって判断され得る問題であろうか。むしろ事後になって初めて明らかになる問題ではないかと、ヴェッサーは、この基準への疑問を提起する。

具体的事実関係を前提として初めて明らかになる客観的明白性が、事前において搜索とそれ以外の基本権制約とを画する基準として機能しないのならば、基準として採用できるのは搜索官庁の想定に基づく主観的明白性しかないのか。もしそうなってくると、住居所有者ではないが、搜索官庁の想定に基づくことからすれば、ある意味で主観的搜索概念を主張するのと変わらないことになる。

このように、客観的限界画定基準としての明白性は、事前に事実に基づいて必要性を画定することが困難であることから、基準として採用することは不可能と主張する。

次に、客観的法律目的による基準について検討する。これは基本権制約を根拠づける法律の規定を基準として、搜索概念該当性を判断しようとする考察方法である。根拠法律の規定、さらに住居所有者の領域に関する決定権に服する人の移動・経済活動に関する自由権を制約する規制が規定され、客観的考察方

(19) Ebenda, S.2139.

法によっても住居所有者による開示意思が見いだせない場合には、搜索への該当性を認定する考え方である。

ヴェッサーは、この客観的に認識し得る法律文言を基準に搜索概念を画定しようとする考え方から、民事訴訟法 758a 条 3 項の規定の合憲性に関して疑問を提示する。基本法は「遅滞の危険」の場合以外裁判官命令を必要としない搜索を認めようとしてはいないし、住居の共同居住者のうちの一部の債務者との関係で基本権制約を受忍せねばならないとするのは、基本法 13 条から見て正当化し得ない。共同居住者に対する手続や執行搜索妨害目的で共同居住者の変更等が企図される場合は、具体的根拠に基づいて「遅滞の危険」の存在による対応をすれば足りる。

以上のことから合憲性に問題がある改正法の規定であるが、これまでのように基本法 13 条を直接適用し、かつ改正法の問題とされる部分を基本法 13 条により補充することにより対応すべきと主張する⁽²⁰⁾。

このように、執行搜索に関する改正民事訴訟法規定の合憲性への疑問を手掛かりに、搜索概念の客観的理解によって、住居居住者一人の意思が他者に影響を与え得るように改正された規定を批判した論稿であるが、当然にその射程は限定的となる。指摘されるべきは以下の論点であろう。

第一に、執行搜索自体、根拠法律において「搜索」と規定されていることの、基本権保障にとっての「有利さ」を前提とした議論であって、ヴェッサーの議論は、例えば、実定法律において、搜索以外の術語によって規定されている、一般的な行為類型の判別基準としての議論ではない。

(20) Ebenda, S.2140ff., [S.2145]. なお、これらの点に関しては、ドイツにおいて種々の評価がなされているようである。その改正法の我が国への紹介として、参照、石川明「ボン基本法の基本権と強制執行法の交錯—ゲルハルト・リュケ教授の論文を読んで—」法学研究 73 巻 5 号 (2000 年) 75 頁、特に 88 頁以下、エベルハルト・シルケン／石川明訳「執行における憲法上の近時の諸問題」法学研究 73 巻 9 号 (2000 年) 75 頁以下。なお、これらの論文は、石川明『ドイツ強制執行法と基本権』(2003 年)に所収されている。また、ディーター・ライボルド／松本博之訳「1999 年および 2000 年のドイツにおける民事訴訟法の発展」日独法学 20 号 (2002 年) 156 頁以下参照。

第二に、客観的搜索目的の把握の困難さがあげられる。今回の民事訴訟法改正法を前提とした議論であれば主張し得ても、他の法規定において援用し得る議論であるかどうかは疑問といわざるを得ない。

このように、1979 年の連邦憲法裁判所決定以降およそ 20 年を経過してようやく法律改正が実現した民事訴訟法の新規定であるが、実務からの批判を一定程度受け入れたために、早くも基本法に照らして問題が指摘され、従来と同様に基本法の直接適用の必要性が指摘されるに至っている。この点からも、搜索に関する手続の負担の大きさと実務からの抵抗の大きさを理解することができよう。

IV 刑事法・警察法分野における議論

裁判官留保制度は、「警察法分野においては異物である」⁽²¹⁾と指摘されながらも最近の立法例においては、その導入が比較的盛んに検討されてきたことが注目される。もちろん、基本法 13 条に定める裁判官留保制度は、住居の搜索の場合に必要とされる裁判官の関与に関する制度であって、公権力による実力行使が住居においてなされない限り、13 条による保障は問題とはならない。したがって、警察法領域において裁判官留保制度が導入されたとしても、13 条保障の進展とは必ずしも直接の関係があるわけではない。しかし、制度としての裁判官留保制度が検討され、実際に導入されていることは、裁判官留保制度のこれまで果たしてきた意義が一定の範囲で評価されていると考えることもできる。

そこで以下では、バウスバック（Winfried Bausback）の論稿の論脈によりながら、いわゆるラスター捜査（Rasterfahndung）の導入に際しての現状と評価について、紹介・検討することとする。⁽²²⁾

ラスター捜査とは、「犯人に対して該当すると推測される特定の検査特徴をみたす者の個人関連データを、その他のデータと機械により照合することにより、

(21) Volkmar Götz, Die Entwicklung des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts (1987 bis 1989), NVwZ 1990, S.725ff.

嫌疑のない者を排除し、または捜査にとって重要な検査特徴を満たす者を確定する措置」を意味するとされる。⁽²³⁾

このような手法の導入の動向については、2001年9月11日のアメリカにおける同時多発テロ事件が影響を与えているようである。1986年の統一模範警察法改正案の提案以来、ラスター捜査のような犯罪鎮圧手法に関する議論は特に盛んであったとはいえなかったが、同時多発テロ事件以降政治的にも法的にも議論の対象とされることとなった。⁽²⁴⁾

そして警察法の立法を所管する州の立法例によれば、その手続に関して二つの類型に大別されるとする。⁽²⁵⁾

一つの類型としては、模範警察法改正案（10f 条 4 項）に示されていたような、官庁の長による留保制度（Behördenleitervorbehalt）の採用例である。この類型に属する立法の州としては、バイエルン、チューリンゲン、バーデン・ヴュルテンベルク、ザクセン、ニーダーザクセン、ブレーメン各州があげられる。これらの州では、内務大臣ないしは内務参事の同意によって、ラスター捜査が行われる。なお、ニーダーザクセン、ブレーメン両州の立法は、同時多発テロ事件以降の立法例である。

また、この類型に属する特徴をもつ法制として、メクレンブルク・フォアポンメルン州では内閣の同意が必要とされ、ザールラント、ラインラント・プファルツ、ハンブルク州では、大臣の同意の必要性までは規定していないが、いずれもこの類型に属する法制と解される。

もう一つの類型としては、ベルリン、ザクセン・アンハルト、ブランデンブル

✓ (22) Winfried Bausback, Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung – Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der landesrechtlichen Regelungen angesichts des internationalen Terrorismus –, BayVBl 2002, S.713ff.

(23) 田淵浩二「刑事手続における個人情報保護と目的拘束性ードイツ証拠使用禁止論の一展開ー」法学雑誌 40 巻 4 号（1994 年）567 頁参照。

(24) この時期のドイツにおける議論の我が国への紹介として、さしあたり、ユルゲン・マイヤー／福井厚訳「ドイツ連邦共和国の刑事手続及び警察法における情報自己決定権」法学志林 90 巻 2 号（1992 年）1 頁以下参照。

(25) Bausback, a.a.O. (Anm.22), S.714ff.

ク、ノルドライン・ヴェストファーレン、ヘッセン各州の立法は、かねてから裁判官留保制度を規定していた。そしてシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州が、同時多発テロ事件以降の立法によって、予防的ラスター捜査に裁判官留保制度の適用を認めた。もっとも、ヘッセン州では、現行の裁判官留保制度の適用を認める法制を官庁の長の留保制度へと変更する法律改正案が議論されている。

ニーダーザクセン、ブレーメン、シュレスビヒ・ホルシュタインの三州が、同時多発テロ事件後、これらの立法を行っているが、そのうちシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州のみが裁判官留保制度を採用し、ヘッセン州も含め、官庁の長による留保制度を採用する州の方が多いことがわかる。総計すれば、6 州が裁判官留保制度を、10 州が官庁の長による留保制度を、採用していることとなる。

なお、ラインラント・プファルツ、ブランデンブルク、ノルドライン・ヴェストファーレン各州以外の州では、データ保護受託官が、何らかの形で関与することも定められている。

このような手続法制の評価について、パウスバックは以下のように主張する⁽²⁶⁾。

ここで議論されている裁判官留保制度は、基本法を根拠として要請されるものではない。というのは、手続による基本権保護を図ることが、必然的に将来へと向けられた（prospektive）裁判官による統制を必要とすることを意味するものではないからである。ブレーメン州では、データ保護受託官が可能な限り高度の保護の必要性を理由として裁判官留保制度の導入を要求したが奏功しなかった。裁判官留保制度の導入はあくまで例外的事項であって、裁判官にそのような権限を与えることは、模範統一警察改正法案においても、多くの州にも採用されておらず、具体的事情に疎い審級である通常裁判所に危険防除のための措置の決定権限を委ねたり、行政法の素材として扱われるべき事項を委ねたりすることには、問題がある。犯罪鎮圧を目的とする刑事訴訟法上のラスター捜査を別とすれば、予防的ラスター捜査は、行政法の範疇に分類されるべきものである。権利利益に影響を受ける可能性ある者は、「簡便な」官庁の長の留保制度によっ

(26) Ebenda, S.722f.

でも、これまでの経緯に照らしながら（restospektive）個人の権利保護を享受できる。非妨害者（Nichtstörer）をも包含する一層広範な範囲の者に影響を与える可能性の高いラスター捜査命令の決定には、実体要件の定式化からは独立した、状況評価を必要とする。予防的ラスター捜査は、それに伴う技術的負担の点から、重大な危険状態の場合にのみその利用が考慮されるべきである。また、このような決定は特別の政治的責任とも結びついており、そのような責任は、官庁の長の留保制度や大臣レベルで明らかにされ得る性質のものである。この分野における裁判官留保制度の採用は政治的責任を曖昧にし、ひいては、代表制民主制原則に照らして疑問があるとする。

このように、ラスター捜査に際して裁判官留保制度が導入されていることは、警察法上の独自の判断による制度化であって、今回問題となっている行為の、基本法 13 条との関係から要請される制度ではないという理解であろう。バウスバックは、具体的事情を踏まえた判断の必要性、かつ、予防的ラスター捜査のもつ基本権制約の重要性により政治的責任をも負い得る機関の判断とする必要性から、むしろ、裁判官留保制度の導入を疑問視する見解を示している。

指摘するとすれば、以下の二点である。

第一に、バウスバックの議論には、裁判官留保制度による関係当事者の権利保障という観点が登場しないことが注目される。これは、裁判官留保制度の本質論との関係で重要な論点である。確かに、政治的要素の観点からすれば、裁判官の任務・能力の限界の指摘も一定程度首肯でき、この点に関する詳細な研究との比較検討が必要であろう。

第二に、個人情報保護の観点からすれば、叙上の捜査が重大な基本権制約となりうることは疑いはない。基本法 13 条による搜索が、当事者に対する重大な制約であることを根拠に裁判官留保制度の適用を認める見解も存在することからすれば、行われる行為の住居との関連性が残る課題ではあるが、基本権保障との関係の検討が不足しているようにも考えられる。13 条以外の基本権との関係の考察も必要であろう。

V おわりに

本稿においては、基本法 13 条に関する最近の議論を法分野に拘わらず紹介・検討した。2001 年の連邦憲法裁判所判決の影響力の大きさや民事訴訟法改正への批判にも垣間見られるように、やはりこの裁判官留保制度の運用に対する実務からの抵抗の大きさが改めて認識される。

また、本稿では十分に検討し得ていないが、今後の重要な論点を指摘するとすれば、裁判官留保制度の本質論の理解の問題であると考えられる。

すなわち、裁判官留保制度の本質が、搜索の受忍を余儀なくされる当事者の権利保障にあるのか、むしろその点を強調することが権力分立制からすれば問題のある制度であるのか、という点である。連邦憲法裁判所の判例や多くの学説では前者の見解が支持されているといえよう。しかし、後者の見解は、バウスバックによる議論においても管見されていた。また、アメルングの論稿において批判対象になっていた、最近のラーベ・フォン・キューレヴァイン (Rabe von Kühlewein)⁽²⁷⁾ による研究においても、裁判官留保制度は当事者の権利保護制度としては理解されておらず、後者の見解に近い理解を示している。

このような制度自体の本質論に関する議論については、今後の検討課題と致したい。

(平成 15 年 7 月 23 日)

(27) Malte Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht (2001), S.409ff. なお、同書の評釈として, Jürgen Eschenbach, DVBl 2002, S.1537f. がある。